



---

**Ausarbeitung**

---

**Richtervorbehalt und Absonderungsanordnung**

Rechtsnatur als Freiheitsbeschränkung oder Freiheitsentziehung

**Richtervorbehalt und Absonderungsanordnung**

Rechtsnatur als Freiheitsbeschränkung oder Freiheitsentziehung

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 169/21  
Abschluss der Arbeit: 12. Oktober 2021  
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

---

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

## 1. Überblick

Im Zuge der COVID-19-Pandemie wurden, gestützt auf § 30 Abs. 1 S. 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG), Einzelpersonen unter bestimmten Umständen dazu verpflichtet, für eine gewisse Dauer von meist 10 bzw. 14 Tagen ihre Wohnung nicht zu verlassen, um die Verbreitung des Virus aufzuhalten bzw. zu erschweren. Die zwangsweise Durchsetzung einer solchen Anordnung nach § 30 Abs. 2 IfSG erfordert gemäß § 30 Abs. 2 S. 4 IfSG eine richterliche Entscheidung. Für die zugrunde liegende Absonderungsanordnung selbst hat der Gesetzgeber dieses Erfordernis indes nicht vorgesehen. Die Frage ist, ob diese Gesetzeslage gegen den sog. Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz (GG) verstößt. Voraussetzung hierfür ist, dass bereits die Absonderungsanordnung als solche (nicht erst ihre zwangsweise Durchsetzung) nicht lediglich eine einfache „Beschränkung“ der Freiheit der Person im Sinne von Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG darstellt, sondern eine „Entziehung“ dieser Freiheit im Sinne von Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG. Dies ist – wie bereits der Begriff der Freiheitsentziehung – umstritten. Teile des wissenschaftlichen Schrifttums bejahen diese Frage, die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verneint sie bisher.

## 2. Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 GG

Art. 104 beinhaltet die verfahrensrechtlichen Garantien des Grundrechts der „Freiheit der Person“ aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Dieses Grundrecht schützt die körperliche Bewegungsfreiheit und damit das Recht jeder natürlichen Person, den Ort, an dem sie sich aufhält, zu verlassen oder einen anderen Ort, an welchen sie sich begeben will, zu erreichen.<sup>1</sup>

Jeder Eingriff in dieses Recht ist nur innerhalb der verfassungsrechtlich aufgestellten Schranken möglich. Art. 104 GG differenziert dabei in Abs. 1 und Abs. 2 zwischen zwei verschiedenen intensiven Stufen: der „Freiheitsbeschränkung“ im Sinne von Abs. 1 einerseits und der „Freiheitsentziehung“ im Sinne von Abs. 2 andererseits. Die Freiheitsbeschränkung stellt dabei den Oberbegriff dar. Eine Beschränkung der Freiheit kann nach Abs. 1 nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur, solange die darin enthaltenen Formalien erfüllt werden, erfolgen. Abs. 2 regelt die Verfahrensvoraussetzungen für die Freiheitsentziehung, die die intensivste Form und einen Unterfall der Freiheitsbeschränkung darstellt.<sup>2</sup> Nur für die Freiheitsentziehung, nicht schon für die „normale“ Freiheitsbeschränkung fordert Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG, dass über ihre Zulässigkeit und Fortdauer ein Richter entscheidet. Wann begrifflich eine „Freiheitsentziehung“ vorliegt und somit der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG einschlägig ist, ist umstritten.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts liegt eine „Freiheitsbeschränkung“ vor, wenn jemand gegen seinen Willen durch die öffentliche Gewalt daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich von ihm zu entfernen, auch wenn ihm dies faktisch und rechtlich möglich wäre. Die „Freiheitsentziehung“ als schwerste Form der Freiheitsbeschränkung soll hingegen erst dann vorliegen, wenn „die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – Bewegungsfreiheit nach allen Seiten hin aufgehoben“ werde.<sup>3</sup> Sie setze eine „besondere Eingriffsintensität“ und eine „nicht nur

---

1 Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 104 Rn. 17.

2 Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 104 Rn. 38.

3 Siehe nur BVerfGE 105, 239, 247; 149, 293, 319.

kurzfristige Dauer“ der Maßnahme voraus.<sup>4</sup> Die nähere Konkretisierung dieser die „Freiheitsentziehung“ kennzeichnenden Merkmale durch das Bundesverfassungsgericht ist bisher nicht erfolgt und im wissenschaftlichen Schrifttum umstritten. Der typische und unstrittige Fall der Freiheitsentziehung ist die Haft, bei der jemand in einem verschlossenen Raum untergebracht wird.<sup>5</sup> In einer Vorladung hat das Bundesverfassungsgericht hingegen noch nicht einmal eine Freiheitsbeschränkung gesehen; eine solche liege vielmehr erst vor, wenn die in der Vorladung begründete Pflicht zum Erscheinen durch unmittelbaren Zwang durchgesetzt werde.<sup>6</sup>

Hieran anknüpfend wird überwiegend angenommen, dass das bloße rechtliche Verbot, einen bestimmten Raum zu verlassen, für sich betrachtet noch nicht ausreicht, um eine „Freiheitsentziehung“ bejahen zu können.<sup>7</sup> Unklar ist allerdings, welches Element hierfür hinzutreten muss: ob die Möglichkeit, einen bestimmten Raum zu verlassen, – wie bei der Haft – notwendigerweise durch physischen Zwang bzw. „technische Mittel“ (Mauern, Schließvorrichtungen, Wachen etc.)<sup>8</sup> eingeschränkt sein muss<sup>9</sup> oder ob insoweit auch „psychische Hemmnisse wie Furcht vor Sanktionen“ ausreichen können<sup>10</sup>. Ein anderer Ansatz stellt auf die rechtliche Selbstständigkeit der Anwesenheitspflicht ab, weshalb etwa die Pflicht zur Anwesenheit im Schulunterricht wie auch ihre zwangsweise Durchsetzung als bloßer Ausfluss der lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit beschränkenden Schulpflicht keine „Freiheitsentziehung“ sei.<sup>11</sup>

### 3. Systematik des § 30 IfSG

Im Rahmen der Covid-19-Pandemie spielen drei Anwendungsfälle der Quarantäne bzw., wie es seit Mai 2020 heißt, „Absonderung“<sup>12</sup> eine Rolle: für Personen, bei denen mittels eines positiven PCR-Tests eine Infektion mit dem Covid-19-Virus bestätigt wurde, und für Personen, die als Kontaktpersonen einer bestätigt infizierten Person identifiziert wurden. Hinzu kam die Absonderung für Menschen, die aus dem Ausland nach Deutschland einreisen, sog. Reiserückkehrer. Rechts-

---

4 BVerfGE 149, 293, 319.

5 Sachs/Degenhart, 9. Auflage 2021, GG Art. 104 Rn. 7; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 104 Rn. 22.

6 BVerfGE 22, 21, 26.

7 Sachs/Degenhart, 9. Auflage 2021, GG Art. 104 Rn. 7

8 Sachs/Degenhart, 9. Auflage 2021, GG Art. 104 Rn. 7.

9 Vgl. Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 104 Rn. 22.

10 In diesem Sinne Sachs/Degenhart, 9. Auflage 2021, GG Art. 104 Rn. 7; ähnlich Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 104 Rn. 67; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Auflage 2018, Art. 104 Rn. 25.

11 Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 104 Rn. 23 f.; ders., Freiheitsentziehung und Grundgesetz, NJW 1992, 457, 459.

12 Die Überschrift „Quarantäne“ in § 30 IfSG wurde durch Gesetz vom 23. Mai 2020 durch Gesetz vom 19. Mai 2020 (BGBl. I S. 1018) durch „Absonderung“ ersetzt.

grundlage ist § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG, der speziell die „Absonderung“ regelt. Zum Teil wird – ergänzend oder alternativ – die sog. infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG herangezogen.<sup>13</sup> Diese gestattet das Ergreifen von „notwendigen Schutzmaßnahmen“, zu denen ausdrücklich die in §§ 29 bis 31 genannten Standardmaßnahmen, mithin auch die Absonderung nach § 30, gehören können. Soweit Quarantänepflichten durch Rechtsverordnung auf Landesebene erlassen werden, ergibt sich die Rechtsgrundlage hierfür aus § 30 Abs. 1 S. 2 (bzw. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG) in Verbindung mit § 32 IfSG.

§ 30 Abs. 1 IfSG regelt die Anordnung der Absonderung, Abs. 2-7 bestimmen Einzelheiten zu deren Durchführung. Dabei differenziert Abs. 1 zwischen zwei Arten der Absonderung: S. 1 betrifft die Anordnung der Absonderung für einige spezifisch genannte übertragbare Krankheiten, namentlich die Lungenpest und das hämorrhagische Fieber, bei deren Vorliegen die Behörde zur Anordnung der Absonderung verpflichtet ist. S. 2 betrifft die Absonderungsanordnung für sonstige Kranke sowie Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider; diesbezüglich steht der Behörde ein Ermessensspielraum zu.<sup>14</sup> Hierunter fallen die Absonderungen im Rahmen der COVID-19-Pandemie.

§ 30 Abs. 2 hingegen bestimmt, dass Personen, die den ihre Absonderung betreffenden Anordnungen nicht nachkommen bzw. bei denen nach ihrem bisherigen Verhalten anzunehmen ist, dass sie solchen Anordnungen nicht ausreichend Folge leisten, zwangsweise abzusondern sind. S. 4 verweist dabei auf das 7. Buch des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,<sup>15</sup> welches das Verfahren und den Richtervorbehalt in Fällen regelt, in denen eine Freiheitsentziehung angeordnet werden soll.

Nach der Gesetzessystematik steht also die Anordnung der Quarantäne bzw. Absonderung als solche zwar nicht unter einem Richtervorbehalt, wohl aber ihre zwangsweise Durchsetzung für den Fall, dass sich der Betroffene nicht an die Anordnung hält bzw. dies nach seinem bisherigen Verhalten anzunehmen ist. Dahinter steht möglicherweise die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte Annahme, dass die „in Absatz 1 geregelte Absonderung [...] die Freiwilligkeit des Betroffenen und damit seine Absicht in das Notwendige voraus[setzt].“<sup>16</sup> Nicht übersehen werden darf freilich, dass ein Verstoß gegen eine Absonderungsanordnung nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG ein Bußgeld nach sich ziehen (vgl. § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG) und unter bestimmten Voraussetzungen sogar strafbar (vgl. § 74 Abs. 1 IfSG) sein kann.

---

13 So etwa von OVG Bremen, Urteil vom 11. Dezember 2020 – 1 B 386/20, BeckRS 2020, 35294 Rn. 28 ff.; Lutz, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 236. EL Mai 2021, § 28 IfSG Rn. 2, § 30 IfSG Rn. 1a; a.A. OVG Lüneburg Beschluss vom 5. Juni 2020 – 13 MN 195/20, BeckRS 2020, 11641 Rn. 14; Stach, Die häusliche Quarantäne nach Ein- oder Rückreise aus dem Ausland, NJW 2021, 10 Rn. 6; vgl. zum Ganzen auch Johann/Gabriel, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, IfSG, 6. Ed. 1.7.2021, § 30 Rn. 5.

14 Johann/Gabriel, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, IfSG, 6. Ed. 1.7.2021, § 30 Rn. 6.

15 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587).

16 BT-Drs. 14/2530, S. 75.

#### 4. Einordnung der Absonderung

Ob neben ihrer zwangsweisen Durchsetzung gemäß § 30 Abs. 2 IfSG auch schon die Absonderungsanordnung nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG als Freiheitsentziehung einzuordnen ist und damit dem Richtervorbehalt nach Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG unterliegt, ist bisher nicht höchstrichterlich geklärt und umstritten.

Anknüpfend an die im verfassungsrechtlichen Schrifttum vertretene Auffassung, wonach eine Freiheitsentziehung nicht notwendigerweise durch „technische Mittel“, sondern auch durch „Furcht vor Sanktionen“ bewirkt werden könne<sup>17</sup>, wird in der Absonderung nach § 30 Abs. 1 IfSG zum Teil eine Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG unterliegende Freiheitsentziehung gesehen.<sup>18</sup>

Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage bislang nur in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes befasst. Bei der dabei stattfindenden summarischen Prüfung wurde eine Freiheitsentziehung allerdings deutlich in Frage gestellt. So stellte das Oberverwaltungsgericht Münster in einem Fall der Quarantäne für Reiserückkehrer fest, dass die Bußgelddrohung bei einem Quarantäneverstoß zwar eine psychische Zwangswirkung bei den Betroffenen bewirken könne. Mangels eines diese psychische Zwangswirkung begleitenden physischen Zwangs liege jedoch schon kein Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit vor. Daher „dürfte“ § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG nicht gegen den Richtervorbehalt im Sinne des Art. 104 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verstoßen.<sup>19</sup> Dieser Sichtweise hat sich das Oberverwaltungsgericht Bremen angeschlossen.<sup>20</sup> Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg sah in einem ähnlich gelagerten Fall bei Reiserückkehrern in der Quarantäne zwar eine „erhebliche Freiheitsbeschränkung für einen bestimmten Zeitraum“, die „allerdings nicht mit einer Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 GG verbunden“ sei.<sup>21</sup> Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Mannheim drängt sich ein Verstoß der Absonderungspflicht gegen Art. 104 GG „zumindest nicht offensichtlich auf.“<sup>22</sup>

\*\*\*

---

17 Siehe oben bei 2.

18 Freiheitsentziehung bejahend: Kießling, in: Kießling, IfSG, 2. Auflage 2021, § 30 Rn. 29 f.; Poscher, in: Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, Kap. 4 Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehrrecht, Rn. 129; Stach, Die häusliche Quarantäne nach Ein- oder Rückreise aus dem Ausland, NJW 2021, 10 Rn. 11; tendenziell auch Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 104 Rn. 7; a.A. Lutz, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 236. EL Mai 2021, § 30 IfSG Rn. 2 für die „Quarantäne zu Hause“; Johann/Gabriel, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, IfSG, 6. Ed. 1.7.2021, § 30 Rn. 6, sofern davon abgesehen werde, Quarantäneanordnungen außerhalb des in § 30 Abs. 2 IfSG vorgesehenen Verfahrens zu vollstrecken.

19 OVG Münster, Beschluss vom 13. Juli 2020 – 13 B 968/20.NE, BeckRS 2020, 17887 Rn. 12.

20 OVG Bremen, Urteil vom 11. Dezember 2020 – 1 B 386/20, BeckRS 2020, 35294 Rn. 33.

21 OVG Lüneburg, Beschluss vom 5. Juni 2020 – 13 MN 195/20, BeckRS 2020, 11641 Rn. 23.

22 VGH Mannheim, Beschluss vom 15. Januar 2021 – 1 S 4180/20, BeckRS 2021, 394 Rn. 72.